



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

### **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  
**M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**  
**PROCESO: 70-001-33-33-009-2015-00010-01**  
**DEMANDANTE: MANUEL FRANCISCO CONTRERAS VERGARA**  
**DEMANDADO: NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN –  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES  
SOCIALES DEL MAGISTERIO- LA PREVISORA  
S.A.**

#### **OBJETO DE LA DECISIÓN:**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo oral del Circuito de Sincelejo, resolvió conceder las súplicas de la demanda.

### **1. ANTECEDENTES**

#### **1.1. LA DEMANDA<sup>1</sup>**

El señor **MANUEL FRANCISCO CONTRERAS VERGARA** por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- LA PREVISORA S.A.**, solicitando que se declare la nulidad del acto administrativo Oficio N° 700.11.03 SE OPMS 0464 de 18 de julio de 2012, en el cual se le niega el reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

---

<sup>1</sup> Fol. 10-20 C. Ppal.

A título de restablecimiento del derecho se condene al Ente demandado al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con ocasión de la tardanza generada por las entidades demandadas en el pago de las cesantías parciales, de conformidad con la Ley 1071 de 2006 y la Ley 91 de 1989 equivalente a un (1) día de salario diario por cada día de retardo, desde el 02 de abril de 2011 hasta el 28 de noviembre de 2011.

Asimismo, pretende que las sumas que se reconozcan sean indexadas hasta el día del pago y se disponga el pago de intereses moratorios y condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

Como **fundamentos fácticos** de la demanda, se expresó que:

El señor MANUEL FRANCISCO CONTRERAS VERGARA, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías parciales ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 29 de diciembre de 2010.

La Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, mediante **Resolución 202 de 12 de abril de 2011** reconoció las cesantías parciales por valor de SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70.000.000).

Los 65 días para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales vencieron el día 1 de abril de 2011 y el pago solo se realizó el 28 de noviembre de 2011.

**El día 28 de junio de 2012**, se elevó petición de reconocimiento y pago de sanción moratoria ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Secretaria de Educación del Departamento de Sucre- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante **Oficio N° 700.11.03 SE OPMS 0464 de julio 18 de 2012**, respondió la solicitud en mención negando lo pretendido.

En la demanda se invocan como **normas violadas**, los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13°, 23°, 25°, 53°, 58°, 228° y 336° de la Constitución Política Colombiana, Ley 1071 de 2006.

En el **concepto de la violación**, la parte actora expresó que los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser un Estado; en este sentido el respeto de los derechos inalienables debe inspirar todas las actuaciones del Estado conforme al artículo 5° de la C. P, el cual también se violentó al negar la indemnización moratoria reclamada.

Indicó que el proceder ilegal de la Administración no ha permitido que a mi mandante se le garantice el derecho al pago oportuno de las cesantías Definitivas, al haber incurrido en mora en el pago y negársele el Derecho a la indemnización contemplada en la Ley 244, transgrediendo el artículo 53 de la carta.

Afirmó la demandante que la entidad demandado dejó de aplicar lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y el artículo 58 en concordancia con el artículo 336 de la C.P., son igualmente vulnerados por el Acto Administrativo atacado, en tanto desconoce los derechos adquiridos de los docentes consagrados en la Ley 244 de 1995.

## **1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.**

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 20 de enero de 2015 (Folio 10 a 20 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 03 de febrero 2015 (Folio 24 C. Principal).
- Notificación a las partes: 04 de febrero de 2015 (Folio 26 C. Principal).
- Contestación a la demanda Nación- Ministerio de Educación Nacional- FNPSM: 19 de junio de 2015 (Folio 45 a 55 C. Principal).
- Contestación a la demanda Fiduciaria la Previsora S.A: 18 de agosto de 2015 (Folio 65-75 C. Principal).
- Audiencia inicial: 15 de junio de 2016 (Folio 111-114 C. Principal). Se declaró no probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada y se fijó el litigio, señalando que el problema jurídico, estribaba en determinar si al actor le

asistía el derecho al pago de la sanción moratoria por el no pago de cesantías parciales de que trata la Ley 1071 de 2006.

- Audiencia de pruebas: 10 de agosto de 2016.
- Sentencia de primera instancia: 09 de noviembre de 2016 (Folio 145 a 156 C. Principal).
- Recurso de apelación: 21 de noviembre de 2016 (Folio 157 a 162 C. Principal).
- Audiencia de Conciliación y concesión del recurso de apelación: 03 de febrero de 2017 (Folio 167 C. Principal).

### **1.2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

- **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG.**

Manifestó frente a los hechos que unos era cierto que al actor no se le ha reconocido sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, pero porque es improcedente, afirmando además que los pagos de cesantías parciales están sujetos a la disponibilidad presupuestal, por lo que no es posible que se configure mora y mucho menos sanción.

Adujo que la pretensión solicitada no está ajustada a derecho porque no toma en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Afirmó que si bien esta entidad tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, existe un trámite ante la Secretarías de Educación y una sociedad fiduciaria que se encarga de la administración de los recursos del fondo que para este caso es la FIDUPREVISORA S.A, la cual según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y de Crédito Público no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías.

Para el caso específico de los docentes señala que las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento indicado en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye un procedimiento especial por lo tanto no se puede extender la aplicación de una sanción que no está prevista en la norma que regula la prestación de cesantías en el régimen docentes.

De conformidad con lo anterior, concluyó que no le asiste derecho al actor a la sanción moratoria pretendida porque en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno y dicho pago estará sujeto a la condición suspensiva de disponibilidad presupuestal.

Se opuso en consecuencia a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, caducidad y la excepción genérica o innominada.

- **LA FIDUPREVISORA S. A.**

Contestó la demanda en los mismos términos del FNPSM.

### **1.2.2. LA SENTENCIA APELADA<sup>2</sup>.**

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia del 09 de noviembre de 2016, estudio la sanción reclamada frente a los demandados y accedió a las pretensiones de la demanda.

Asimismo, declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, y compensación, propuestas por la parte demandada.

Para el efecto, argumentó el despacho que la sanción moratoria por no pago de cesantías parciales regulada por la Ley 1071 de 2006, si era aplicable a los docentes, considerando en consecuencia que la administración incurrió en retraso en el pago de las cesantías parciales del actor ya que la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales se realizó el día 29 de diciembre de 2010, la resolución de reconocimiento se expidió el día 12 de abril de 2011 y el pago efectivo de las cesantías parciales se dio el 28 de noviembre de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior existe un retraso en el término de 15 días hábiles en la expedición del acto administrativo de reconocimiento y en el término de (45) días después de la expedición del acto administrativo para

---

<sup>2</sup> Folios 145-152 C. Ppal.

hacer efectivo el pago de las cesantías reconocidas, término que termina siendo de cincuenta (50) días en total, si se tienen en cuenta los cinco (5) días de ejecutoría de dicho acto administrativo para un total de sesenta y cinco días hábiles (65), más los quince (15) días para la revisión del proyecto de acto administrativo son ochenta (80) días en total.

Expuso el a quo, que el demandante en su condición de docente hizo uso de su derecho a reclamar sus cesantías parciales, previo el lleno de los requisitos legales, las cuales, en tal virtud, debieron ser reconocidas y pagadas dentro del término que la normatividad concede para lo, lo cual no ocurrió así, por manera que hay lugar al pago de la sanción moratoria, la cual, se reitera, corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de cesantías.

Para calcular la sanción Moratoria señalo que se incurrió por parte de la demandada en 215 días de mora, periodo que corrió entre el 27 de abril de 2011 (los 80 días vencieron el 26 de abril) al 27 de noviembre de 2011, a razón de \$78.702,1 diario; lo cual arrojó una sumatoria total de \$16.920.951,1

No accedió a la indexación solicitada en las pretensiones de la demanda, por ser improcedente y concluyó que no había lugar a decretar la prescripción.

### **1.2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN<sup>3</sup>.**

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia, formula recurso de apelación solicitando su revocatoria, con fundamento en los siguientes argumentos.

Expresó que es fundamental entender que la disponibilidad presupuestal es esencial, pues es a partir de esta que se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Razón por la cual no puede endilgarse negligencia alguna a los demandados porque solo siguen los trámites de procedimiento que establecen los lineamientos legales.

---

<sup>3</sup> Fls. 157 -161 C. Ppal.

Indicó que las reclamaciones de cesantías se rigen por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable, por lo que no se puede hacer extensiva la aplicación de una sanción establecida en una norma general, a saber, la Ley 1071 de 2006, para un procedimiento regulado por una norma especial.

Señaló que no fue analizado por el Despacho el hecho de que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento de la pretensión como la negación del pago de la sanción moratoria se realizó por parte de la Secretaria de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad del Ministerio de Educación Nacional- Fondo NACIONAL DE Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, que consiste en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones que los entes territoriales reconocen a su planta de docentes, por lo tanto, el reconocimiento de la prestación no está a cargo de la entidad demandada atribuyéndose de esta forma falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional, pues este no interviene en el reconocimiento ni en el trámite de pago de la prestación, razón por la cual no le asiste legitimación para ser parte como demandada en este proceso, ya que el acto del que se solicita la declaración de nulidad no fue emitido por él, ni en virtud de delegación, ni de la desconcentración de funciones, toda vez que la competencia radica legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

#### **1.2.4. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

Auto que admite el recurso de apelación: 06 de julio de 2017 (Folio 14 C. Apelación).

Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 14 de agosto de 2017 (Folio 19 C. Apelación), oportunidad en que se pronuncian así las partes:

- **Parte demandante<sup>4</sup>**: La parte demandante presentó sus alegatos dentro del término correspondiente, solicitando se provea favorablemente a las declaraciones y condenas solicitadas, ordenando a la Entidad demandada a

---

<sup>4</sup> Folios 28-33 C. Apelación

reconocer y pagar con los correspondientes reajustes de Ley la Indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, bajo los siguientes argumentos:

No hay duda alguna, respecto a la calidad de Servidor Público del acá demandante, quien es docente y en tal calidad le fue reconocida su Cesantía parcial y además, por tal hecho, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha dado trámite a la demanda de la referencia.

Por otro lado opera la existencia del Silencio Administrativo Negativo frente a la solicitud radicada el 28 de junio ante la Nación Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación de Sucre conforme a lo expuesto en los acápite II. Declaraciones y Condenas y III. Hechos y antecedentes de la demanda.

Así mismo, refiere que la norma aplicable al caso objeto de estudio, es la Ley 1071 del 31 de julio de 2006 de cuyo tenor literal, no queda duda que dicha norma cobija y beneficia a todos los servidores del Estado, sin distinción alguna, entre ellos los Docentes, quienes son servidores públicos.

- **Parte Demandada:** La parte demandada presentó sus alegatos dentro del término correspondiente, reiterando lo expuesto en el recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia apelada, porque la Ley 1071 de 2006 no se hace extensiva a los docentes, pues su marco normativo en materia de cesantías viene dado por la Ley 91 de 1989, el cual no contempla la sanción moratoria para los docentes afiliados al FNPSM y porque además los pagos están sujetos a la disponibilidad presupuestal.

- **Ministerio Público:** El Ministerio Público no se pronunció.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **2.1. LA COMPETENCIA.**

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente asunto, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo de la Litis.

## **2.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Con fundamento en la reconstrucción de los antecedentes, debe entrar el Tribunal a dilucidar, *¿si Le asiste al demandante en su condición de docente afiliado al FNSPSM el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, contemplada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006?*

## **2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.**

### **I. LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.**

El legislador contempló la sanción por mora en el evento en que el empleador realice el pago de las cesantías por fuera del término legal estipulado para ello. En efecto, el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, la cual, subrogó la Ley 244 de 1995 *“Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”*, regula la sanción por mora y se complementa con el artículo 4 de esta misma disposición al establecer el término para el reconocimiento de las cesantías.

De lo anterior, en consonancia con la jurisprudencia que el H. Consejo de Estado<sup>5</sup> ha reiterado al respecto, se infiere que la sanción por mora equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago efectivo de las cesantías parciales o definitivas<sup>6</sup> y se reconoce a favor de los servidores públicos, incluidos los docentes.

Así mismo, se ha indicado que la mora inicia una vez hayan pasado 65 días hábiles después de la presentación de la solicitud de pago de las cesantías, aspecto que ilustró el H. Consejo de Estado al referirse al término

---

<sup>5</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia del 27 de marzo de 2007. C. P., Jesús María Lemos Bustamante. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01. // Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11). Actor: José Luis Acuña Henríquez. // Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación Número: 05001-23-31-000-2004-03719-01(0222-11). Actor: Juan Darío Ángel Campuzano. Demandado: Instituto Cejeño de la Recreación y el Deporte. // Subsección “B”. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación Número: 23001-23-31-000-2007-00214-01(0210-11). Actor: Nayibe del Socorro Assis Contreras. Demandado: E.S.E. Camu Prado de Cerete.// Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación: No. 080012331000200401499 01. Expediente: No. 1274-2010. Actor: Humberto Mariano Ferrer.

<sup>6</sup> Con la ley 1071 de 2006 la sanción por mora opera también frente a las cesantías parciales.

consagrado en la Ley 244 de 1995, el cual fue ratificado en la ley 1071 de 2006, así:

“(...) conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrearán perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.”<sup>7</sup>

## **II. DE LA SANCIÓN MORATORIA A FAVOR DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Como quiera que el argumento central del reparo formulado a la sentencia de primera instancia, estriba en la aplicación de la sanción moratoria regulada en la Ley 1071 de 2006 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es menester determinar su aplicabilidad al régimen de cesantías de los docentes, considerando este Tribunal que dicha sanción si es aplicable, con fundamento en los siguientes argumentos:

La ley 91 de 1989, crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se establece un régimen especial para los docentes nacionales y nacionalizados con el fin de atender todo lo relacionado con prestaciones sociales, disponiendo en su artículo 15 lo siguiente:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

### **3. Cesantías:**

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o

---

<sup>7</sup> C.E. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. C. P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01.

proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

La interpretación de la disposición transcrita, permite concluir que se establecieron dos clases de sistemas de liquidación de cesantías, dependiendo del tipo y fecha de vinculación del docente así, **i)** Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplicaría un sistema de cesantías con retroactividad, y **ii)** A los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad al 01 de enero de 1990 y aquellos del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses<sup>8</sup>.

Dicha disposición no estableció términos para el pago de la prestación social, y en consecuencia tampoco sanciones por pago tardío.

No obstante, para el caso de los servidores públicos en general, el legislador profirió la Ley 244 de 1995 *“Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías **para los servidores públicos**, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”* (negritas fuera de texto) que fue subrogada por la Ley 1071 de 2006, la cual reiteró los términos para el reconocimiento y pago de cesantías, **así como la sanción establecida en caso de mora en dicho pago.**

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren - veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010) - Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09) - Actor: Aracelly García Quintero *“(…)La Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados. Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional. En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses. (...)” subrayado fuera de texto.*

Si bien en virtud al principio de especialidad en la aplicación de la normas, se concluiría que a los docentes no le es aplicable la Ley 1071 de 2006, toda vez que para ellos aplica un régimen especial de prestaciones sociales, contenido en la Ley 91 de 1989, lo cierto es que tal como lo ha retirado en su jurisprudencia el H. Consejo de Estado, el principio de especialidad solo debe aplicarse *"en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad"*<sup>9</sup>.

En relación con lo anterior, lo primero que hay que advertir es que la posición allí sentada no se trata de una postura uniforme de la Alta Corporación en la medida en que esa misma Sección en su Subsección B, cuatro días después adoptó una decisión totalmente diferente<sup>10</sup>, en la que reconoció la aplicabilidad de la sanción a un docente cuyo trámite de reconocimiento, liquidación y pago de cesantías también estaba a cargo de la Secretaría de Educación respectiva y la Fiduciaria Administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asimismo, no es aceptable señalar que por el solo hecho de que el régimen de reconocimiento de cesantía para los docentes sea más favorable en cuanto a los montos para la misma, ello conlleva a que no se les aplique el régimen de sanción por mora, puesto que las normas sobre sanción moratoria surgen con ocasión de la imposición de un régimen drástico a efectos de que los empleadores (privados y estatales) no retardaran injustificadamente el pago de tales prestaciones y no en razón del régimen o monto de las cesantías. Ello, habida cuenta que se presume (con mayor razón en el sector público), que siempre se debe tener provisión para efectos del reconocimiento de derechos laborales, a tal punto que para el caso del empleado público no es exigible la demostración de existencia de dolo o mala fe en el retardo para su pago<sup>11</sup>, lo que sí sucede en el sector

---

<sup>9</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A. "Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., 8 de mayo de 2008. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-04045-01(1371-07) Actor: Maricela López Villabuena.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015), Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14), Actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez, Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Ibagué (Tolima).

<sup>11</sup> Ver Sentencia T-008 de 2015 Corte constitucional que señala al respecto que *"...en caso de mora en el pago de este auxilio, así como sus intereses, la entidad responsable de la obligación tiene el deber de reconocer y pagar de sus propios recursos, una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago. Para lo cual, solamente es necesario que el*

privado. Es decir, el régimen y monto de la cesantía no está ligado necesariamente al régimen sancionatorio de la misma.

Por otro lado, la regulación del pago de la sanción moratoria no hace alusión a exclusión alguna de regímenes especiales de cesantía, en la medida en que el mismo artículo 1° de la Ley 1071 señala que el objeto de dicha Ley es reglamentar el reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. Esto último significa que regula dos situaciones diferentes, uno el procedimiento para reconocimiento y pago y otro, el régimen sancionatorio.

En efecto, tenemos que esta Ley, en su artículo 2°, en cuanto a su ámbito de aplicación, determina que son destinatarios de la Ley los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro<sup>12</sup>, es decir, cubre a una universalidad de personas denominadas bajo el título genérico de servidores públicos, incluso a particulares que ejercen funciones públicas, sin perjuicio del régimen de cesantía ya que la norma también expresamente menciona a los afiliados al FNA.

En tal sentido, no deben entenderse excluidos en este aspecto los docentes, en la medida en que la Ley 244 de 1995 (que se entiende adicionada y subrogada por la Ley 1071 de 2006), se emitió para ser aplicada a **los servidores públicos de todos los órdenes** (Art. 1), habiendo surgido la misma para tres efectos importantes, **el primero**, garantizar la resolución oportuna de las peticiones de cesantías, para lo cual se precisó un término específico (Art. 1 ib.), **el segundo**, impedir que se presentaran reconocimientos y pagos de cesantías incumpliendo el deber de resolver en estricto orden de ingreso las peticiones presentadas (Art. 3 ib.) y **el**

---

***afectado acredite la no cancelación dentro del término previsto en las disposiciones legales.*** Ver asimismo, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Expediente: 230012333000201200097-01 N.º Interno: 1059-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Vicente Gregorio Álvarez Morales Demandado: Municipio de San Andrés de Sotavento. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ

<sup>12</sup> En adelante FNA.

**tercero**, obligar a las entidades a ponerse al día con el reconocimiento y pago de cesantías que se encontraba pendiente a ese momento, para lo cual se les concedieron unos términos y deberes específicos (Art. 3 y 4 ib).

Lo expuesto tiene sustento igualmente en la exposición de motivos del proyecto de ley de la que ahora se conoce como la Ley 1071 de 2006 y en los debates realizados para su aprobación, en tanto, en el primero de ellos, esto es, en la exposición de motivos refirió que las normas de carácter laboral deben partir en primer lugar del principio de igualdad (art.13 C.N.) queriendo con el proyecto unificar el régimen prestacional entre trabajadores del sector privado y público, para que estos últimos pudieran acceder a sus cesantías parciales. Específicamente al explicar el ámbito de aplicación del proyecto de ley hizo el siguiente señalamiento: *"... el cual cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial."*<sup>13</sup>.

En suma, en los debates dados en Senado y Cámara de Representantes, consideraron que la unificación del régimen prestacional en lo que tiene que ver con el retiro de las cesantías parcial, que introduciría el proyecto en estudio, *"cubriría y beneficiaría a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder público, incluida ... las entidades que prestan servicios públicos y de educación"*<sup>14</sup>; asimismo, se analizó que *"Con esta ley además, se contribuiría al bienestar familiar, social, económico, y personal del empleado del sector oficial, el cual se reflejaría en un mejor ambiente laboral..."*<sup>15</sup>. En la Cámara se debatió la sugerencia de reemplazar las expresiones "servidores públicos" y "servidores del Estado" por las de "empleados públicos y trabajadores oficiales", con el propósito de no generar interpretaciones diferentes; sin embargo, se consideró que al tenor del artículo 123 de la Constitución era

---

<sup>13</sup> Publicado en Gaceta del Congreso 495 de 2005 y recuperado de: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=44&p\\_consec=11239](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=44&p_consec=11239)

<sup>14</sup> Ponencia para primer debate de proyecto de Ley 44 de 2005 en el Senado, publicado en Gaceta del Congreso 564 del 25 de agosto de 2005. Recuperado de: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

<sup>15</sup> Ponencia para segundo debate de proyecto de Ley 44 de 2005 en el Senado, publicado en Gaceta del Congreso 702 del 12 de octubre de 2005. Recuperado de: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

claro que dentro de la calificación de servidores públicos están contemplados los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y trabajadores oficiales, y una interpretación distinta sería seguir con la misma desigualdad que se pretendió corregir<sup>16</sup>.

Ello, sin lugar a dudas, permite inferir que la voluntad del legislador no fue la de excluir un régimen de cesantías específico, sino incluir el deber de resolución pronta, en estricto orden de ingreso y con un máximo plazo, **para todos los servidores públicos**, independientemente de que pueda predicarse que el trámite para el reconocimiento en uno u otro sector sea diferente.

En ese orden, no debe olvidarse que el régimen de cesantías retroactivas no es exclusivo de algunos tipos de docentes, sino que también aplica para otros servidores públicos en general que, por su antigüedad, continuaron con tal régimen en cuanto no se vieron sometidos a afiliarse al establecido en normas posteriores a la Ley 344 de 1996, tal como lo señaló el H. Consejo de Estado en las dos sentencias en cita al precisar que "*en general, se definen tres regímenes de liquidación de cesantías para el sector público, a saber: (i) el de liquidación retroactiva; (ii) el de liquidación anualizada y (iii) el de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro*", así entonces, para la liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos diferentes a los docentes -que igualmente están cobijados por régimen retroactivo de cesantías, pero no regulados por las normas de aquellos-, también aplicaría la norma sobre sanción moratoria.

La regulación de la sanción moratoria tiene una naturaleza diferente independiente de las vicisitudes propias del trámite del reconocimiento, ya que ésta solo depende de que no se cancele la misma dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles, **contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público**, por lo que el hecho de existir un trámite más dispendioso antes de la expedición del acto, no interfiere en ninguna medida en el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria.

---

<sup>16</sup> Ponencia para primer debate de proyecto de Ley número 208 de 2005 en la Cámara de Representantes, publicado en Gaceta del Congreso 891 del 12 de diciembre de 2006. Recuperado de: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la Ley 91 de 1989 no establece términos para el pago de cesantías, se puede colegir que es procedente la aplicación de la Ley 1071 de 2006 para los docentes, máxime cuando ésta tiene como destinatarios los servidores públicos sin distinción alguna.

Frente a los términos para la causación de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, está inicia su conteo a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día que se cancele al trabajador o ex trabajador, dicho monto.

Sin embargo, para el caso de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005<sup>17</sup> y 4 del Decreto 2831 de 2005<sup>18</sup>, al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que para este caso el plazo total será de ochenta (80) días desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación<sup>19</sup>.

En suma, el hecho de que el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías sea diferente para servidores públicos en general, frente a los establecidos para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

---

<sup>17</sup> "Artículo 56. Racionalización. de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

<sup>18</sup> "Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación."

<sup>19</sup> En este sentido la CORTE CONSTITUCIONAL nos ilustra: "Tanto la Ley 962 de 2005, como el Decreto 2831 del mismo año son claros en asignar las consecuencias que siguen al incumplimiento del requisito de aprobación de los proyectos de resoluciones por parte de la sociedad fiduciaria y de sus textos se desprende, con total nitidez, que, sin esa aprobación, las referidas resoluciones no podían prestar mérito ejecutivo y que, por lo tanto, el juez no estaba habilitado para proferir mandamiento de pago ni para disponer que prosiguiera la ejecución." Sentencia T-042 de 2012, Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Sociales del Magisterio, ello no es óbice para excluirlos del régimen de sanción moratoria, puesto que lo cierto es que aquel régimen solo regula el procedimiento para reconocimiento y pago y no una sanción específica en caso de mora, por lo que la regulación en tal sentido debe ser la general.

En refuerzo de lo argumentado, es necesario destacar que la H. Corte Constitucional en sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, concluyó que los docentes deben considerarse servidores públicos y por tanto las normas de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos, contenidas en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, es aplicable a los docentes oficiales, puesto que esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales

Dando entonces, respuesta al problema jurídico, la sanción regulada por la Ley 1071 de 2006, si es aplicable a los docentes que se encuentren afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FNPSM).

De otra parte, frente a la representación que ostenta el Ministerio de Educación Nacional debe considerarse que La Ley 91 de 1989, en su artículo 3<sup>20</sup>, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es el regulado por el artículo 4 de la misma Ley, el que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Como objetivos del mismo, el artículo 5 de normativa en estudio consagra en su numeral 1 el de *"Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado."*

---

<sup>20</sup> *"Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."*

Igualmente, la norma que crea el mencionado fondo (artículo 3 transcrito a pie de página 3) en su inciso final consagra que este órgano deberá estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994<sup>21</sup>, reitera que las prestaciones sociales a cargo del fondo serán reconocidas por este a través del representante del Ministerio en la entidad territorial, norma que es repetida y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998.

Por otra parte, el legislador a través de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, *"Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."*, estableció en su artículo 56<sup>22</sup>, que el representante del fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

En ese orden, es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, representada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por los litigios relacionados con su

---

<sup>21</sup> **Artículo 180°.-** Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.

*El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales."*

<sup>22</sup> *"Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."*

reconocimiento. Igualmente, es claro que el Secretario de Educación territorial solo actúa como medio regional de atención a los afiliados al fondo, pero no es la voluntad del ente territorial la que se refleja en el acto, sino la voluntad misma del fondo.

Así las cosas, el reparo del apelante relativo al hecho que no fue la autoridad que expidió el acto demandado expresado en el recurso de apelación, queda sin fundamento alguno y no está llamado a prosperar, como quiera que la representación judicial del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se encuentra en cabeza de la NACIÓN - MINISTERIO NACIONAL DE EDUCACIÓN, siendo entonces, el llamado a comparecer en este proceso.

### **III. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES. SANCIÓN MORATORIA.**

Las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, bien sean de carácter salarial o pensional, deben ser reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su causación, sino prescriben tales derechos.

La institución es definida como una acción o efecto de "adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley"<sup>23</sup> o en otra acepción como "concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo".

En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia se ha señalado que la prescripción "*es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva de no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular*".

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

---

<sup>23</sup> Citado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B"- sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente No. 08001233100020110017601- Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

*"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*El simple escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"*

Y ante la ausencia de norma que regule la figura de la prescripción frente a otros derechos laborales, bien sea salariales o de carácter pensional, se aplica por analogía el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece:

*"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán **desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o una prestación debidamente determinado, interrumpirá la Prescripción pero solo por un lapso igual". (Texto original sin negrillas).*

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, al respecto expresó: *"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades<sup>24</sup>, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales"*.

En lo referente el momento en el cual se debe comenzar al conteo del término de prescripción, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de noviembre 19 de 1999, expediente No. 15096, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, ratifica lo anterior cuando señala:

*"... Hallándose definido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que la dotación de vestido y calzado a los servidores estatales, ostenta el*

---

<sup>24</sup> Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

*carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurrido tres años, **contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible**, en el ordenamiento jurídico ..."(Texto original sin negrillas) .*

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, **en Sentencia de Unificación** del 25 de agosto de 2016, acogió el criterio anterior, señalando que efectivamente el término de la prescripción de las cesantías y de la sanción moratoria corren por separado, no dependiendo este último de la vigencia o no de la relación laboral pública, sino de la fecha en que se configura el incumplimiento de la obligación que genera la sanción<sup>25</sup>, lo cual si bien se argumentó bajo la tesis de la sanción por no consignación de las cesantías anualizada, calza o encuadra en los supuestos que generan la exigibilidad de la sanción mora por no pago de cesantías parciales como el caso que nos convoca, bajo el entendido que la prescripción está atada a la exigibilidad de la sanción, siendo esta exigible desde el mismo momento en que el encargado del pago de la misma, deja vencer el plazo de gracia consagrado por el legislador para el efecto, que a juicio de esta Sala se da vencidos los 80 días para pagar contados a partir de la solicitud de liquidación parcial de las cesantías<sup>26</sup>, puesto que su causación no está condicionado al pago de la prestación que lo genera, sino al incumplimiento de la obligación en el tiempo de gracia establecido por el legislador y en tal sentido su exigibilidad y por el ende el inicio del cómputo de la prescripción se causa desde el día siguiente al vencimiento de los 80 días referenciados en acápite precedente de esta providencia.

---

<sup>25</sup> En esta providencia de unificación se arrojan las siguientes conclusiones por la Sala Plena de la Sección Segunda: 1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción; 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral; 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago; 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio; 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

<sup>26</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SALA PLENA, Sentencia del 15 de agosto de 2016, Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C. P. Luis R. Vergara Q.

Así las cosas, el estado actual de la línea decisional de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado y por ende la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable<sup>27</sup>, indica que la fecha de exigibilidad de la sanción moratoria inicia a partir del vencimiento del término que tenía la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales (80 días), y en tal sentido, no es posible considerar que la prescripción de la sanción, solo se contabiliza a partir de la terminación del vínculo laboral; argumento con el cual comulga esta Sala, amén del obediencia a dicha decisión de unificación como precedente judicial.

#### **IV. CASO EN CONCRETO**

Determinada la aplicabilidad de la sanción moratoria a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la legitimación del Ministerio de Educación, se entra a determinar si en el sub examine se configuró la sanción moratoria reclamada.

De las pruebas aportadas al plenario se encuentra acreditado que el actor solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el **29 de diciembre de 2010**, de ello da cuenta la Resolución No. 0202 del 12 de abril de 2011, expedida por el Secretario de Educación de Sucre en nombre de la entidad demandada, obrante a folios 2-4 del cuaderno de primera instancia.

Las cesantías parciales fueron reconocidas mediante Resolución No. 0202 del 12 de abril de 2011 y el pago fue realizado el día 28 de noviembre de 2011<sup>28</sup>.

Aplicando las reglas citadas en acápite anterior, para el caso de los docentes afiliados al FNPSM, la entidad contaba con 80 días, como plazo para expedir el acto de reconocimiento y pagar las cesantías parciales solicitadas, los cuales vencieron el día 26 de abril de 2011.

En ese orden, a partir del día 27 de abril de 2011 se da la exigibilidad de la sanción moratoria y con ello, el punto de partida para el conteo del término de prescripción trienal, lo cual nos lleva hasta el 27 de abril de 2014, término

---

<sup>27</sup>. Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, "el precedente judicial y sus reglas". Página 38. Ediciones doctrina y ley.

<sup>28</sup> Ver folio 5.

que se interrumpió con la radicación de la petición en sede administrativa del reconocimiento de la sanción moratoria el 28 de junio de 2012<sup>29</sup>, como consta a folio 6 del cuaderno de primera instancia y la demanda fue presentada el 20 de enero de 2015 (folio 20).

En tal orden, desde la fecha de vencimiento del término de 80 días (26 de abril de 2011) a la fecha de pago de las cesantías parciales (28 de noviembre de 2011), la entidad demandada incurrió en mora equivalente a 215 días, tal como lo estimo el *A quo*, asistiéndole en consecuencia al señor MANUEL FRANCISCO CONTRERAS VERGARA el derecho al pago de la sanción moratoria deprecada.

Así las cosas, probada la mora en que incurrió la demandada y la no configuración de la prescripción, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 9 de noviembre de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

- **CONDENA EN COSTAS:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, atendiendo el criterio objetivo para la imposición de costas implantado por el nuevo régimen procesal contencioso administrativo, por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada y a favor del demandante.

En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

### **3. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

---

<sup>29</sup> Siendo esta la razón por la cual no hay lugar a prescripción.

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia de primera instancia proferida por el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO** el 09 de noviembre de 2016. Bajo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, liquídense de forma concentrada.

**TERCERO:** En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según acta No. 183

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**

Con impedimento.